

Arantes e Galvani: A restrição de atividades na pandemia

A pandemia da Covid-19 levou diferentes entes federativos no Brasil a adotarem drásticas medidas restritivas de direitos. O problema é que União, Estados e municípios muitas vezes divergem sobre o rol de atividades consideradas essenciais, cujo exercício deve ser preservado durante a quarentena. Essa divergência tem sido cada vez mais frequente, trazendo grande insegurança aos jurisdicionados,



Para agravar essa insegurança, a pandemia trouxe consigo

também uma mudança da jurisprudência do STF sobre conflito entre normas editadas por diferentes entes da federação.

A competência legislativa em matéria de saúde pública é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, nos termos do artigo 24 da Constituição Federal. Segundo esse regime, cabe à União o poder de editar normas gerais (artigo 24, § 1º, da CF) e aos Estados e ao Distrito Federal, o poder de suplementá-las no que couber (artigo 24, § 2º, da CF).

O artigo 30 da CF disciplina o regime de competência legislativa dos municípios, atribuindo-lhes a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber (artigo 30, I e II, da CF).

A regra geral da CF sobre o tema é a da predominância do interesse: caberá à União tratar das matérias de predominante interesse geral/nacional; aos Estados caberá tratar das matérias de predominante interesse regional; e aos municípios caberá disciplinar as questões de interesse predominantemente local.

Em tese, pode-se considerar que há hierarquia entre esses interesses, devendo predominar os mais amplos (da União) sobre os mais restritos (dos Estados/municípios), como já ensinava o ministro Gilmar Mendes em seu livro sobre direito constitucional [\[1\]](#). Ou seja, havendo conflito de normas editadas por entes federativos distintos tratando de um tema de interesse nacional, deveria prevalecer a legislação federal sobre as demais.

Em tempos anteriores ao caos, o STF havia reiteradamente confirmado essa regra, reconhecendo que: I) a competência concorrente de Estados e municípios para legislar sobre os temas previstos no artigo 24 da CF é complementar à da União; e II) as normas estaduais/municipais não podem contrariar as federais. Se, a pretexto de complementar, as normas estaduais/municipais conflitassem com as federais, estas deveriam prevalecer. Nesse sentido:

"Existência, ao tempo da vigência da lei estadual impugnada, de lei federal acerca da proteção e da integração social das pessoas portadoras de deficiência. Legislação estadual com normas que contrastam com a normativa geral nacionalmente estabelecida. Inconstitucionalidade formal verificada" [2].

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre pesca (CF/88, artigo VI). À União cabe legislar sobre normas gerais, de observância cogente aos demais entes da federação (CF/88, artigo 24, § 1º). 3. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária (CF/1988, artigo 24, § 4º)" [3].

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. COMERCIALIZAÇÃO DE ÁGUA MINERAL. TEOR DE FLÚOR. RESTRIÇÃO À SUA COMPOSIÇÃO: IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DISCIPLINADA POR LEI FEDERAL. (...) No caso, padece de inconstitucionalidade a lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em regramento de âmbito nacional. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" [4].

Então chegou a pandemia da Covid-19. Em razão dela começaram a ser editadas inúmeras normas por vários entes federativos, dando origem aos primeiros conflitos normativos esparsos.

O tema foi judicializado e, inicialmente, decisões monocráticas de ministros do STF confirmavam o interesse nacional sobre essa questão, cuja consequência deveria ser a prevalência das normas federais sobre estaduais/municipais que tratassem do mesmo tema.

A título de exemplo, a predominância do interesse nacional na questão da pandemia foi ressaltada nas decisões monocráticas proferidas pelo ministro Marco Aurélio Mello nas medidas cautelares das ADIns n.ºs. 6143 e 6343. Nessas decisões, o ministro ressaltou que durante a pandemia o interesse a ser protegido é de todos os cidadãos do território brasileiro. Confira-se:

"Em época de crise, há mesmo de atentar-se para o arcabouço normativo constitucional, mas tudo recomenda temperança, ponderação de valores, e, no caso concreto, prevalece o relativo à saúde pública nacional [5].

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda seja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos" [6].

A prevalência de norma federal sobre municipal em contexto em que ambas tratavam de restrições a atividades também foi confirmada pelo ministro Dias Toffoli, que ainda afirmou a necessidade de coordenação entre os entes da federação no combate à pandemia ao negar pedidos de municípios pela

suspensão de liminares. A título de exemplo, confira-se a decisão abaixo:

"Na presente situação de enfrentamento de uma pandemia, todos os esforços encetados pelos órgãos públicos devem ocorrer de forma coordenada, capitaneados pelo Ministério da Saúde, órgão federal máximo a cuidar do tema, sendo certo que decisões isoladas, como essa ora em análise, que atendem apenas a uma parcela da população, e de uma única localidade, parecem mais dotadas do potencial de ocasionar desorganização na administração pública como um todo, atuando até mesmo de forma contrária à pretendida. Assim, a decisão regional atacada, ao coartar uma tal atitude estatal, não tem o condão de gerar os alegados riscos de dano à ordem público-administrativa, mas antes de preveni-los" [7].

No entanto, com o rápido avanço da pandemia no Brasil, ficou explícito que o chefe do Poder Executivo federal age por convicção própria, sem seguir orientações de seus ministros da saúde ou organizações internacionais especializadas. A preocupação do Judiciário com isso foi recentemente expressada com indignação pelo ministro Rogério Schietti Cruz do STJ, ao indeferir liminar em Habeas Corpus que pleiteava autorização judicial para que os cidadãos de Pernambuco pudessem circular livremente a despeito da quarentena. Confira-se trecho do desabafo em forma de decisão judicial:

"Talvez em nenhum, além desses dois países (EUA e Brasil), o líder nacional se coloque, ostensiva e irresponsavelmente, em linha de oposição às orientações científicas de seus próprios órgãos sanitários e da Organização Mundial de Saúde. Em nenhum país, pelo que se sabe, ministros responsáveis pela pasta da saúde são demitidos por não se ajustarem à opinião pessoal do governante máximo da nação e por não aceitarem, portanto, ser dirigidos por crenças e palpites que confrontam o que a generalidade dos demais países vem fazendo na tentativa de conter o avanço dessa avassaladora pandemia.

(...)

Nesse ínterim, continua o país (des)governado na área de saúde — já se vão seis dias sem um titular da pasta — mercê das iniciativas nem sempre coordenadas dos governos regionais e municipais, carentes de uma voz nacional que exerça o papel que se espera de um líder democraticamente eleito e, portanto, responsável pelo bem-estar e saúde de toda a população, inclusive da que não o apoiou ou apoia.

(...)

Peço excusas ao jurisdicionado por dizer certas coisas que escapam da moldura estritamente jurídica da questão posta nesse habeas corpus, mas que formam, a meu sincero aviso, o pano de fundo que justifica pretensões como a que ora se rejeita" [8].

Seja ou não pela postura do presidente da República, fato é que houve mudança na jurisprudência do STF sobre conflitos de normas editadas por diferentes entes da federação. Ao analisar o pedido de liminar na ADPF nº 672, o ministro Alexandre de Moraes reconheceu a competência concorrente dos Estados e suplementar dos municípios para legislar sobre proteção à saúde em tempos de pandemia. Mas, indo além disso, a decisão reconheceu a possibilidade de Estados e municípios adotarem medidas restritivas de direitos durante a pandemia — incluindo a suspensão de atividades e circulação de pessoas — *"independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário"*.

Após essa decisão sobrevieram outras do STF no mesmo sentido, reconhecendo a possibilidade de prevalência de normas estaduais/municipais sobre as federais no combate à pandemia. No referendo da

medida cautelar da ADIn nº 6143, por exemplo, o plenário do STF decidiu por maioria que os Estados e municípios possuem competência para definir quais são as atividades essenciais cujo funcionamento deve ser resguardado durante a pandemia dentro de seu próprio território, a despeito do que dispuser a União a esse respeito.

Outra decisão paradigmática do STF em tempos de pandemia se deu no referendo da medida cautelar da ADIN nº 6343. Na ocasião, o plenário do STF decidiu por maioria pela desnecessidade de autorização de órgãos federais para que Estados e municípios possam restringir a locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos e aeroportos durante a pandemia. Nesse julgamento prevaleceu o voto do ministro Dias Toffoli no sentido de que tais restrições podem ser impostas mediante recomendação técnica fundamentada de órgãos de saúde locais equivalentes aos órgãos federais e devem resguardar o transporte de produtos e serviços essenciais definidos pela respectiva entidade federativa. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da minuta do voto já disponibilizada:

"Proponho, no entanto, para evitar eventuais excessos dos entes federados, que seja explicitado o seguinte, dado que os dispositivos acomodam a locomoção de bens e serviços: 1) A necessidade de observância de recomendações técnicas e científicas para a adoção das medidas de restrição; e 2) O resguardo da locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos pelos entes federados no exercício das correspondentes competências constitucionais, impedindo quaisquer embaraços ao trânsito necessário à continuidade desses serviços e atividades.

(...)

Como bem salientou o ministro Alexandre de Moraes, 'estados e municípios devem, assim como a União — e deveria seguir mais —, seguir as recomendações técnicas internacionais da OMS, dos infectologistas, dos especialistas (...)'. De fato, é importante deixar claro que, no enfrentamento da emergência de saúde, há critérios mínimos, baseados em evidências científicas, para se imporem medidas restritivas, especialmente as mais graves, como a restrição de locomoção, prevista no inciso VI do artigo 3º da Lei nº. 13.979/20. A competência dos estados e municípios, assim como da União, não lhes conferem carta branca para limitar a circulação de pessoas e mercadorias com base, unicamente, na conveniência e na oportunidade do ato.

(...)

Ademais, é necessário resguardar a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos pelos entes federados no âmbito do exercício das correspondentes competências constitucionais" [9].

Essa ressalva feita no voto do ministro Dias Toffoli é crucial para a aferição da validade de normas restritivas de atividades em tempos de pandemia. Se a questão da inconstitucionalidade formal ficou relegada (extrapolação da competência concorrente ao contrariar normas federais sobre o mesmo tema), o STF reafirmou que as restrições de direitos impostas por Estados e municípios no combate à pandemia devem ter embasamento técnico-científico e respeitar a razoabilidade.

A alteração de jurisprudência no STF, que passou a admitir a prevalência de normas estaduais/municipais sobre as federais — circunstancial ou não aos tempos de pandemia —, é preocupante sob diversos aspectos, inclusive para a proteção do federalismo hoje existente no Brasil. É certo que não pode haver monopólio de qualquer ente da federação para o combate à pandemia, mas a liderança sobre esse tema deveria ser da União. O federalismo cooperativo vigente no Brasil não permite

a transformação de Estados e municípios em verdadeiras repúblicas independentes para legislarem sobre saúde sem observância a normas da União.

Em razão do agravamento da pandemia no Brasil e da recalcitrância do governo federal em acatar medidas de isolamento sugeridas por autoridades de saúde, a tendência é de manutenção — ao menos temporária — dessa jurisprudência que autoriza Estados e municípios a imporem restrições a atividades, mesmo àquelas eventualmente ressalvadas pela legislação federal.

Considerando essa mudança de maré na jurisprudência do STF, resta ao empresariado ajustar as suas velas. O fato de uma dada atividade estar prevista como essencial em norma federal editada no combate à pandemia não mais autoriza o seu exercício. Caberá ao empresário avaliar também o que dispõem as normas estaduais e municipais sobre a sua atividade.

Caso uma norma proíba e outra permita o exercício de sua atividade, o empresário deve avaliar se aquela mais restritiva possui embasamento técnico e científico e se é adequada e necessária ao incremento da proteção à saúde pública. Faltando esses requisitos à norma mais restritiva, o empresário terá respaldo da jurisprudência do STF para seguir a norma mais permissiva.

[1] MENDES, Gilmar Ferreira... (et. al.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 774.

[2] STF. ADIn nº 4.388, rel. Min. Rosa Weber, 3.3.2020.

[3] STF. ADIn nº. 3.829, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11.4.2019.

[4] STF. ARExt nº. 477.508, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17.5.2011.

[5] STF. ADIn nº. 6343-MC, rel. Min. Marco Aurélio Melo, decisão monocrática de 25.3.2020.

[6] STF. ADIn nº. 6341-MC, rel. Min. Marco Aurélio Melo, decisão monocrática de 24.3.2020.

[7] STF. SS nº. 5362, rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática de 7.3.2020.

[8] STJ. HC nº. 580653, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática proferida em 20.5.2020.

[9] STF. ADIN nº. 6343 – MC, rel. Min. Marco Aurélio, voto-vista Min. Dias Toffoli, j. 6.5.2020.

Date Created

02/06/2020